

REFLEXÃO SOBRE A CULPABILIDADE SEGUNDO A DOGMÁTICA ATUAL: A IMPOSSIBILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DELINQUIREM

REFLECTION ABOUT THE CULPABILIDADE SEGUNDO THE DOGMATIC CURRENT: THE IMPOSSIBILITY OF THE LEGAL ENTITIES OFFEND

Isac Melquíades¹
Luciana Ferreira de Oliveira²

Resumo

A prática de um crime, segundo a teoria majoritária adotada no Brasil, pelo aspecto analítico, pressupõe a incidência de três elementos, quais sejam: um fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável. Sem quaisquer desses elementos não existe crime, conforme a teoria analítica do crime tripartidada, que é a majoritária. O fato típico é composto de uma conduta (ação ou omissão), um resultado, um nexos de causalidade e pela tipicidade, essa última por sua vez consiste em tipicidade formal (previsão legal da conduta) e tipicidade conglobante (tipicidade material e antinormatividade). A ilicitude versa sobre previsão legal, de modo que, o que está previsto não deve ser praticado. Por fim, a culpabilidade, tem como pressuposto a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. As pessoas jurídicas por serem entes fictícios, conforme a teoria da ficção, não podem incidir em um delito, pois a mesma não é hábil a praticar uma conduta, uma vez que para a prática dessa se faz necessária a manifestação de vontade e um ente fictício não possui vontade. De outro aspecto, a pessoa jurídica também não pode ser considerada culpada, vez que não possui imputabilidade e potencial consciência da ilicitude. Porém, uma conjectura denominada teoria da realidade, reconhece que a pessoa jurídica possui vontade, e essa se perfaz pela soma das vontades dos sócios, aduzindo que a pessoa jurídica pode praticar delito, porém a culpabilidade deve ser amoldada a modalidade desse ente fictício, de modo que seria analisada apenas a exigibilidade de conduta diversa. Numa tentativa de conciliar as duas posições antagônicas surge um terceiro posicionamento que nasceu na Alemanha e que, trata-se da imposição de sanções quase penais às empresas, o juiz ao presenciar o caso concreto, aplica medidas quase penais. Este posicionamento não desconsidera a incapacidade da pessoa jurídica praticar conduta e a falta de culpabilidade, mas a aplicação destas sanções é uma forma de combater a criminalidade moderna cometida por meio de uma pessoa coletiva. É inegável a hegemonia dos argumentos da teoria da ficção todavia, a Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes praticados contra o meio ambiente, a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. A Lei 9605/98, regulamentou, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e cominou as penas nos crimes praticados contra o meio ambiente. Ao que se nota diante das teorias penais tradicionais, não é admissível responsabilização de pessoas jurídicas, mas como já é sabido o sistema jurídico é dinâmico, mutável por excelência, de modo que nos tempos atuais, corporações fictícias são criadas e a cada esporadicamente cometem delitos, quando não criadas especificamente para este fim, resta emergir uma teoria que se amolde a conduta delituosa praticada pela pessoa jurídica ao invés de tentar-se amoldar tais condutas as teorias existentes, pois não há como se refugiar na teoria tradicional. A evolução da ciência penal deve-se adaptar aos novos conceitos,

¹ Bacharelado do 8º período do Curso de Direito da FUNPAC – Fundação Universidade Presidente Antônio Carlos – Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni/MG.

² Bacharelada do 8º período do Curso de Direito da FUNPAC – Fundação Universidade Presidente Antônio Carlos – Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni/MG.

afastando-se aqueles criados no século passado. A solução mais plausível seria a criação de uma teoria do crime exclusivamente para a pessoa jurídica, dada a impossibilidade da aplicação das teorias existentes, tendo em vista que esta foi elaborada tão somente baseada em comportamentos humanos. Neste diapasão, pode ser objeto de um futuro trabalho a criação de teoria do crime aplicável a conduta delitiva praticada pela pessoa jurídica, obviamente baseada em critérios diversos das teorias existentes.

Palavras Chaves: culpa; crime; pessoa jurídica; responsabilidade penal.

Abstract

The practice of a crime, according to the majority theory adopted in Brazil, for the analytic aspect, he/she presupposes the incidence of three elements, which you/they are: a fact typical, illicit and guilty. Without any of those elements crime doesn't exist, according to the analytic theory of the crime three parts that is the majority. The typical fact is composed of a conduct (action or omission), a result, a cause connection and for the typical fact that last one for yours did it consists of formal typical fact (legal forecast of the conduct) and accumulated typical fact (material typical fact and conduct against the norm). the illicitness turns about legal forecast, so that, which this foreseen it should not be practiced. Finally, the blame, has as presupposition to impute to potential conscience of the illicitness of the fact and the demand of several conduct. The legal entities for they be fictitious beings, according to the theory of the fiction, they cannot happen in a crime, because the same is not skilled to practice a conduct, once for the practice of that it is done necessary the manifestation of will and a fictitious being doesn't possess will. Of another aspect, the legal entity cannot also be considered criminal, time that doesn't possess imputable and potential conscience of the illicitness. However, one conjectures denominated theory of the reality, it recognizes that the legal entity possesses will, and that you/he/she is happened by the sum of the partners' wills, adducing that the legal entity can practice crime, however the blame should be shaped that fictitious being's modality, so that it would just be analyzed the demand of several conduct. In an attempt of reconciling the two antagonistic positions a third positioning that had been born in Germany appears and that, it is treated from the imposition of almost penal sanctions to the companies, the judge when witnessing the concrete case, applies almost penal measures. This positioning doesn't disrespect the incapacity of the legal entity to practice conduct and the guilt lack, but the application of these sanctions is a form of combatting the modern criminality made through a collective person. It is undeniable the hegemony of the arguments of the theory of the fiction though, the Federal Constitution of 1988 consecrated the penal responsibility of the legal entities expressly in the crimes practiced against the environment, the economical and financial order and against the popular economy. The Law 9605/98, regulated, the penal responsibility of the legal entity and it comminated him/her featherses in the crimes practiced against the environment. To the that it is noticed before the traditional penal theories, it is not acceptable responsibility of legal entities, but as the juridical system is already known it is par excellence dynamic, changeable, so that in the current times, fictitious corporations are created and to every time and another makes crimes, when not specifically created for this end, it remains a theory that gets used to the criminal conduct to emerge practiced by the legal entity instead of trying to shape such conducts them existent theory, because there is not as he/she takes refuge in the traditional theory. The evolution of the penal science should adapt to the new concepts, standing back those servants last century. The most plausible solution would be exclusively the creation of a theory of the crime for the legal entity, given the impossibility of the application of the existent theories, tends in view that this was elaborated so only based on human behaviors. In this pitch, it can be object of a future work the creation of theory of the applicable crime the criminal conduct practiced by the legal entity, obviously based on several criteria of the existent theories.

Key words: Key words: blame; crime; legal entity; penal responsibility.

1 Introdução

Da união de dois ou mais indivíduos, no intuito de satisfazer as suas finalidades, emerge uma terceira pessoa, uma nova categoria de sujeito de direitos e deveres, não por possuir uma qualidade inerente à pessoa, mas por reconhecimento do ordenamento jurídico vigente. A denominação dada a este terceiro ente é de pessoa jurídica.

No intuito de buscar os seus objetivos, a sociedade, representada pela pessoa jurídica, acaba por muitas vezes extrapolando os limites da legalidade, vindo a cometer injustos contra um particular ou contra toda a coletividade. Faz-se necessário punir estes entes para que eles deixem de maltratar os direitos pertencentes a outrem ou até mesmo fiquem inibidos de praticarem ato lesivo a direitos alheios.

O Código Penal tem o escopo de punir os indivíduos que praticam crime, todavia a pessoa jurídica não parece objeto do Direito Penal, pois não se pode afirmar com toda certeza que a pessoa jurídica comete crime, entretanto é sabido que Constituição Federal expressamente previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém não se sabe em que consiste esta responsabilidade, sendo a análise destes questionamentos os objetivos do presente trabalho.

A presente pesquisa trabalhará, de início, analisando a possível hipótese de a pessoa jurídica ser sujeito ativo do crime.

As divergências doutrinárias elencadas sobre a possibilidade de a pessoa jurídica delinquir, bem como a nova consagração Constitucional a respeito da responsabilização penal das mesmas, é que justificam a presente pesquisa.

Este trabalho se destina a todos aqueles que querem aplicar seus conhecimentos no âmbito jurídico, pois o mesmo é dotado de cientificidade, uma vez que teve como fonte de pesquisa material bibliográfico disponível a respeito do tema, sendo que os dados expostos são meramente exploratórios e as induções exposta são fieis aos textos.

2 A culpabilidade segundo a dogmática atual

Culpabilidade, pela perspectiva do conceito analítico de crime tripartidada, é o terceiro elemento do crime e se baseia em um “juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta

típica e ilícita praticada pelo agente.”³ A culpabilidade tem como origem o vocábulo culpa, neste sentido, o significado é negativo, pois “quando se diz que alguém é culpado de alguma coisa isso significa que algo foi feito de modo reprovável (é algo valorativamente negativo). Coligando-se com a idéia de culpa a de reprovação, de censura.”⁴, discorre Fernando Capez:

Quando se diz que “Fulano” foi o grande culpado pelo fracasso de sua equipe ou de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de reprovação. **A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito** (CAPEZ, 2009, p.302). (*grifo*)

Conclui Luíz Flávio Gomes que culpabilidade, atualmente, “é um juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato delituoso que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso, conforme o Direito” (GOMES, 2007, p.543).

Segundo o professor Adirson Antônio Glorio Ramos, em artigo publicado pela revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, cujo tema versava sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a capacidade destes delinquirem, baseia-se o direito penal, na culpabilidade que, por sua vez, é centralizada “na imputabilidade, na consciência da ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa”⁵. Cabe ressaltar que estes são os elementos empregados tradicionalmente na culpabilidade, com uma singela observação ao último, pois este deve ser analisado inversamente ao proposto pelo professor, uma vez que a inexigibilidade de conduta diversa excluiria a culpabilidade do agente. Neste compasso o que se tem como elemento integrante da culpabilidade será a exigibilidade de conduta diversa.

Por sua vez, reforça-se o entendimento dos elementos da culpabilidade com as palavras do exímio doutrinador Guilherme Souza Nucci (2009). Neste diapasão, culpabilidade “trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo direito” (NUCCI, 2009, p.227).

³ GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal – 9.^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 381.

⁴ GOMES, Luíz Flávio, MOLINA, Antônio García – Pablos, Direito Penal: parte geral, vol. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 543.

⁵ RAMOS, Adirson Antônio, De Jure Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – A Pessoa Jurídica Pode Delinquir? 13. ed. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/10179>> Acesso em: 13 de abril de 2009, p. 178.

2.1 Imputabilidade

O conceito de culpabilidade é descrito com muita propriedade pelo egrégio doutrinador Guilherme Souza Nucci (2009), como sendo um “conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”⁶. A imputabilidade, constitui um dos elementos necessários à composição da culpabilidade.

O indivíduo que tem a capacidade de querer e determinar-se de acordo com sua conduta, também tem capacidade de receber pena, caso esta conduta seja ilícita e típica. É neste compasso que se aduz ter tal indivíduo imputabilidade. O conceito de imputabilidade pode ser extraído de forma contrária ao disposto no artigo 26 do Código Penal, sendo neste raciocínio, imputabilidade como a aplicação de pena ao agente, que por não ter uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto era, ao tempo da ação ou da omissão inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. Para tanto, é necessário que o agente não tenha atingido a maioridade penal, qual seja, 18 anos (art. 27 Código Penal).⁷ Da ilação feita segundo o ensinamento do mestre Luíz Flávio Gomes (2007), pode-se extrair ainda que trata a lei penal da imputabilidade de forma negativa, vez que descreve as causas de inimputabilidade, sem mencionar seu conceito.

No que tange à faixa etária mínima transcrita no artigo 27 do Código penal, a imputabilidade é tratada por um critério biológico. Já no que concerne às ações criminosas praticadas pelo agente após completos 18 anos, considerando eventuais perturbações psíquicas, que se mostram presentes no momento da conduta, correlacionando sua higidez mental, tem-se a adoção de um critério psicológico. Resta concluir que o Código Penal Brasileiro adota duas teorias distintas na composição da imputabilidade. Logo, a teoria da imputabilidade adota no Brasil é a teoria biopsicológica.

Segundo o eminente Guilherme Souza Nucci (2009), há três critérios para se aferir a imputabilidade e são eles: critério cronológico, que se encontra inserido no critério biológico, biológico e psicológico.

⁶ NUCCI, Guilherme Souza, Código Penal Comentado, 9º. ed. rev., atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

⁷ GOMES, op. cit., p. 573.

No que se refere ao critério cronológico presente no artigo 27 do Código Penal, não há muitas discussões, pois preferiu o legislador consagrar expressamente que os menores de 18 anos não têm a maturidade exigida para que lhe seja imputável um crime. “Trata-se da adoção, nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se de acordo com este entendimento” (NUCCI, 2009, p. 281)

Pelo critério biológico preceitua o artigo 26 do Código Penal que é isento de pena o agente que, ao tempo da conduta (típica e ilícita), possuía uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou ainda, era considerado como sendo retardado mental, pois nestes casos a doença mental afetaria a vontade do agente.

Por fim, o critério psicológico configura-se com a impossibilidade, por parte do indivíduo, de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento. Estando o indivíduo inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato não lhe será imputada a pena, por ausência de culpabilidade.

O Código Penal brasileiro, como se pôde notar, consagrou a análise da imputabilidade segundo os dois critérios (biológico e psicológico), consagrando um critério biopsicológico, tendo como objetivo analisar a higidez mental e psíquica do agente no momento da prática delituosa. A este respeito, destaca Guilherme Souza Nucci:

Logo, não é suficiente que haja algum tipo de enfermidade mental, mas que exista prova de que esse transtorno afetou, realmente, a capacidade de compreensão do ilícito, ou de determinação segundo esse entendimento, à época do fato. (...). Na jurisprudência: STJ: “Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (...perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i. e., no momento da ação criminosa (NUCCI, 2009, p.276).

Da mesma forma, se o agente no momento da conduta possuir menos de 18 anos, mesmo que seja um dia antes de completar tal idade, ele será considerado inimputável.

Das palavras supracitadas de Nucci (2009), para a averiguação da higidez mental, a perícia se faz imprescindível. Já a análise da incapacidade psicológica do agente no momento da conduta, ao que parece, fica a mercê da interpretação do magistrado.

Constatada a inimputabilidade pelo critério biológico correlacionado à saúde mental, dada a periculosidade do agente, uma medida de segurança lhe é infligida, se o fato delituoso estiver prevista com pena de reclusão. Já se do mesmo, a pena cominada for de detenção, o agente será submetido a tratamento ambulatorial.⁸

As doenças psicológicas podem afetar, esporadicamente, parcialmente a mente do agente, e, se assim for, ele será considerado semi-imputável, podendo tanto ser objeto de medida de segurança quanto de pena. Entretanto, se aplicada a pena, a mesma será reduzida de um terço, pois o agente não era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito da conduta.⁹

Como causa excludente de imputabilidade preceitua o artigo 28 do Código Penal-CP¹⁰, precisamente no inciso II, parágrafo primeiro, que a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, capaz de deixar o agente, no momento da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento, exclui a imputabilidade. Caso a embriaguez, nas mesmas circunstâncias diminua a possibilidade de entender e querer o caráter ilícito da conduta ou determinar-se de acordo com este entendimento, dispõe o parágrafo segundo que será diminuída a pena de um a dois terços. No mesmo artigo se encontra presente, desta vez no caput cominado como o inciso I, que a emoção ou a paixão não exclui a imputabilidade.

Descreve Guilherme Souza Nucci (2009), as possíveis causas que possam excluir a imputabilidade: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, CP), embriaguez decorrente de vício - considerada doença mental (art. 26, caput, do CP) e menoridade (art.27, CP).

2.2 Potencial consciência da ilicitude

⁸ LOPES, Jair Leonardo, Curso de Direito Penal, Parte Geral, 4º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 144.

⁹ NUCCI, op. cit., p.275.

¹⁰ ANGHER, Anne Joyce (org.), Vade Mecum Acadêmico de Direito, 6ª ed. – São Paulo: Rideel, 2008, p. 366.

Em se tratando de potencial conhecimento da ilicitude do fato, o indivíduo que pratica uma conduta tipificada no código penal, sendo que a mesma é ilícita, não é facultado alegar desconhecimento da lei penal, pois a lei é abstrata e ampla, e por isso, aplicável à coletividade. O indivíduo não precisa conhecer a lei tal como ela é, pois nem mesmo os operadores do Direito conhecem detalhadamente os preceitos legais sem uma consulta ao código, mas o agente deverá conhecer potencialmente que sua conduta é ilícita, pois “o conhecimento da ilicitude, que se exige não é técnico-jurídico, mas um conhecimento leigo, que não supõe saber qual a figura típica e a pena prevista para a conduta nela proibida.”¹¹ O que importa realmente é saber se o sujeito, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de entender que o que esta a fazer é desonesto e injusto, de acordo com a sociedade que o rodeia, tendo como base as tradições, costumes, formação cultural, entre outros tantos atributos.¹²

A consciência da ilicitude excluirá a culpabilidade se o sujeito desconhecer a atitude injusta do fato, não tendo qualquer maneira de conhecê-la.

Segundo Guilherme Souza Nucci (2009), o erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato exclui o potencial conhecimento da ilicitude se for inevitável.

2.3 Exigibilidade de conduta diversa

A possibilidade que tem a pessoa, no momento da prática de um fato típico e ilícito, de agir de acordo com o direito é que pode designar uma exigibilidade de comportamento diverso. Nestas circunstâncias, o juiz irá analisar se no caso concreto era exigido do agente agir de outra maneira, se poderia o sujeito decidir agir de modo diverso, e assim não o fez.¹³

A culpabilidade, que é o juízo de reprovação que recai sobre o indivíduo que pratica um fato típico e ilícito, não resulta apenas da consciência da ilicitude. Sem a exigibilidade de conduta diversa não poderá haver culpabilidade, pois o agente não há de merecer censura.¹⁴

As duas possíveis causas que podem excluir a imputabilidade seriam, conforme relata Nucci (2009): “a coação moral irresistível (art.22, CP) e obediência hierárquica (art.22 CP), pois

¹¹ LOPES, op. cit., p. 153.

¹² CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, vol. 1: parte geral – 13ª ed., – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330.

¹³ GRECO, op. cit., p. 416.

¹⁴ LOPES, op. cit., p. 158.

em ambos os casos é inexigível comportamento diverso, e nesta perspectiva excluída estar-se-ia a exigibilidade de comportamento diverso, e conseqüentemente a culpabilidade”¹⁵.

Cabe ressaltar, como prescreve Jair Lopes (2005), que a coação passível de excluir a exigibilidade de conduta diversa seria apenas a moral, pois em se tratando de coação física, não existirá vontade e finalidade, elementos que compõem a conduta e, neste contexto, o que deixaria de existir seria fato típico. Vale dizer que a coação física retira a tipicidade e não a exigibilidade de conduta diversa. Nelson Hungria assim dispôs ao tratar da coação física: “não é autor do crime quem o pratica sob coação física irresistível respondendo tão somente o coator”¹⁶.

3 As pessoas jurídicas podem delinquir?

Uma entidade nascida com o intuito de realizar um fim e que haja sido reconhecida pelo ordenamento jurídico como pessoa, sujeito de direitos e deveres, é o que se denomina pessoa jurídica.¹⁷ Esta entidade, investida de direitos pela ordem jurídica, está incumbida de realizar fins humanos, que, segundo Clóvis Beviláqua¹⁸, não precisam ser necessariamente econômicos.

A partir da análise do conceito analítico de crime, no tópico que antecede, cabe relatar o posicionamento de alguns doutrinadores penalistas a respeito do perfeito amoldamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Concernente à possibilidade das pessoas jurídicas delinquirem ou não, há alguns posicionamentos doutrinários divergentes. É mister relatar que a possibilidade das pessoas jurídicas delinquirem penalmente é, evidentemente, pautada na análise sobre a possível colocação da pessoa jurídica no pólo ativo da conduta delituosa.

A dificuldade de se considerar a pessoa jurídica como agente ativo da conduta criminosa esta assentada no brocardo latino “*societas delinquere non potest*” (a sociedade não pode delinquir)¹⁹, pois o Direito Penal e suas teorias foram criadas tendo como base o homem (pessoa física) e é para ele que a lei penal dirige seus comandos, é ele que a lei penal manda ou proíbe

¹⁵ NUCCI, op. cit., p. 290.

¹⁶ LOPES, op. cit., p.158.

¹⁷ FIÚZA, César, Direito Civil: Curso Completo, 13.º ed. revista, atualizada e ampliada, 2ª tir. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 145.

¹⁸ apud, SIRVINSKAS, Luiz Paulo: Tutela Penal do Meio Ambiente, 3.º ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

¹⁹ RAMOS, op. cit., p. 162.

que se faça algo, dada a sua exclusividade de praticar ações dotadas de consciência e finalidade.²⁰

Parece que a máxima “*societas delinquere non potest*” prevalece soberana e é adotada majoritariamente, apesar de surgirem novos posicionamentos consagrando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, vide:

Atualmente, o entendimento de que à sociedade era inaceitável a sua punibilidade a título penal está ganhando novos contornos e juristas consagrados passam a admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, antes reservada às searas do direito administrativo e do direito civil fazendo surgir um forte movimento com vistas à responsabilização penal da pessoa jurídica.²¹

A responsabilidade jurídica está consagrada, como bem anotou o Major Adirson Antônio Glório Ramos, em seu artigo científico publicado pela Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, todavia, nada relatou a respeito da possibilidade da pessoa jurídica vir a delinquir, em se tratando do fragmento supracitado.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica será tratada mais adiante. Neste momento, a busca será plena na solução da questão aqui proposta, qual seja, a possibilidade da pessoa jurídica praticar ilícitos penais, para tanto se faz necessário retomar os ensinamentos do mestre Fernando Capez (2009), sendo que o mesmo apresenta três teorias distintas, para a solução do problema proposto, as quais passam a ser analisadas doravante.

3.1 Teoria da ficção

Savigny, pioneiro no implemento da teoria da ficção, defende a impossibilidade das pessoas jurídicas serem agentes ativos do crime. Segundo tal teoria, a pessoa jurídica é desprovida de vontade e finalidades, sendo estes atributos necessários a composição da conduta, ante a falta destes, tem-se a falta de fato típico, por consequente não há crime. Para que haja um crime é necessário um fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável. O fato típico necessita de uma

²⁰ CAPEZ, op. cit., p. 146.

²¹ RAMOS, op. cit., p. 162.

conduta voluntária e consciente e não havendo esta conduta não há fato típico, e por fim não há crime.²²

No compasso da teoria da ficção é faltosa, também, a pessoa jurídica, a imputabilidade e a possibilidade de conhecimento do injusto, elementos necessários a composição da culpabilidade segundo a dogmática atual, além é claro, da exigibilidade de comportamento diverso.

Segundo Fernando (2009, p.147), a teoria da ficção reza que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve recair sobre o sócio, pois os crimes atribuídos à sociedade são perpetrados pelos “funcionários ou diretores”, não importando se o interesse do ente fictício tenha servido de motivo ou fim para a prática do delito, pois estes sócios (pessoas naturais), funcionários ou diretores, podem ser responsabilizados por ações e omissões, já que possuem razão e livre-arbítrio.

Relata Fernando Capez (2009) que além da ausência de consciência, vontade e finalidade, bem como de culpabilidade, a pessoa jurídica também apresenta segundo a teoria da ficção, a incapacidade de sofrer pena e a falta de aplicabilidade da mesma, senão veja:

a) ausência de consciência, vontade e finalidade: se a vontade consciente e finalística é a mola propulsora, isto é, a força que movimenta a conduta, sem aquela não existirá esta, de modo que a pessoa jurídica é incapaz de praticar ações penalmente relevantes; b) ausência de culpabilidade: somente o homem pode adquirir capacidade de entender e querer (imputabilidade), de conhecer o caráter injusto do fato, ou seja, se o mesmo é ou não anti-social, inadequado, anormal, errado (potencial consciência da ilicitude), e de escolher a conduta mais adequada, dentro de uma gama de possibilidades, segundo critérios normais de evitabilidade (exigibilidade de conduta diversa). A pessoa jurídica é incapaz de culpabilidade, na medida em que esta se funda em juízo de censura pessoal, de acordo com o que podia e devia ser feito no caso concreto; c) ausência de capacidade de pena (princípio da personalidade da pena): torna-se inconcebível a penalização da pessoa jurídica, tendo-se em vista, em primeiro lugar, que, em face do princípio da personalidade da pena, esta deve recair exclusivamente sobre o autor do delito e não sobre todos os membros da corporação. (...) d) ausência de justificativa para a imposição de pena: a sanção penal tem por escopo a idéia de retribuição, intimidação e reeducação, ao passo que as sociedades, por ser desprovidas de vontade própria, de inteligência e de liberdade de entender e querer, jamais poderão sentir-se intimidadas (CAPEZ, 2009, p.148-149)

²² SIRVINSKAS, op. cit., p. 59.

Reforçando a posição anterior, bastaria refutar a falta de conduta por parte da pessoa jurídica para sustentar sua incapacidade delitiva, no entanto, preferiu a teoria da ficção reforçar seus argumentos elencando causas posteriores ao primeiro elemento do crime, de modo que também analisou a culpabilidade. É possível a ilação de que consagrada esta impossibilidade da pessoa jurídica cometer crime do ponto de vista da teoria da ficção, mesmo que se adote uma teoria do crime bipartida, pois como demonstrado à pessoa jurídica sequer pode praticar conduta, se não existe conduta não há porque se falar em crime.

3.2 Teoria da realidade

Pela teoria da realidade tem-se que a pessoa jurídica pode sim delinquir, pois é plenamente capaz de praticar um crime, tendo em vista que sua conduta se constrói com a vontade exteriorizada pela soma das vontades de seus sócios ou representantes.²³ Justificada a possibilidade de conduta, na perspectiva da teoria da realidade, para aqueles que adotam a teoria bipartida do crime, configurado já está o delito.

Para a teoria da realidade, a pessoa jurídica é um ser real e por isso pode incidir na prática de delitos.²⁴

A Constituição Federal, aparentemente, adotou este segundo posicionamento, uma vez que esculpiu, no artigo 225, §3º, que as atividades que se mostrarem danosas ao meio ambiente sujeitarão os violadores, tanto pessoas físicas como jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da compulsão de reparar os danos acarretados.²⁵

Segundo Shecaria, citado por Capez (2009, p. 150), em defesa da possibilidade das pessoas jurídicas cometerem delitos, elenca os três principais argumentos contra a teoria da realidade: 1) não há fato típico uma vez que a pessoa jurídica não promove conduta, culposa ou dolosa. 2) não há culpabilidade existente em se tratando de pessoa jurídica. 3) efeitos da pena podem atingir pessoas inocentes, após levantar os argumentos passa Shecaria a refutá-los.

Contra o primeiro argumento Shecaria, apóia-se no Direito Comparado, utilizando a doutrina francesa, pois a mesma aduz que: “a pessoa coletiva é perfeitamente capaz de vontade,

²³ SIRVINSKAS, op. cit., p. 60.

²⁴ CAPEZ, op. cit., p. 150.

²⁵ CAPEZ, op. cit., p. 150.

porquanto nasce e vive de encontro das vontades individuais de seus membros” (apud, CAPEZ, 2009, p. 151).

O segundo argumento é o que não se mostra tão convincente, e é devido a ele que se teve origem o presente trabalho, pois a culpabilidade na dogmática atual, constituída tal como é, centrada em preceitos aplicáveis as pessoas humanas, não se poderia infligi-la a entes fictícios, mesmo assim, Shecaria, reza que, a pessoa jurídica pode ser responsável pelos seus atos, todavia, o juízo de culpabilidade deve ser adaptado às suas peculiaridades. Nota-se que o autor, não nega a inimputabilidade das empresas, bem como a falta de potencial consciência da ilicitude, mas preceitua fundamentar a culpabilidade da pessoa jurídica apenas na exigibilidade de conduta diversa, comparando a conduta típica de uma empresa à conduta habitualmente lícita desenvolvida por outra que possua características análogas. Exemplifica o autor:

A doutrina alemã, de certa forma, também começa a admitir essa idéia. Tiedemann, por exemplo, observa que ‘a tendência mais recente a nível comunitário é a do reconhecimento da culpabilidade da empresa, comparado-a com outras empresas do mesmo tamanho em situações paralelas. Este pensamento corresponde às doutrinas penais que baseiam o conceito de culpa comparativamente ao de deveres por pessoas qualificadas como razoáveis. Em resumo, pode-se dizer que o conceito de culpabilidade em sentido estrito tem em direito penal um fundamento mais de tipo geral que individual (apud, CAPEZ, 2009, p.151).

Diante de tal fundamentação, resta clamar uma teoria da culpabilidade compatível com a pessoa jurídica, mas é óbvio que enquanto esta não surgir, não se pode aceitar uma culpabilidade centrada apenas em um elemento, do modo como prega esta teoria, sob pena de também se aceitar a configuração da culpabilidade em delitos praticados por pessoas comuns (físicas), fundada apenas na configuração de um de seus elementos.

Na refutação do último argumento dos três elencados, aduz Shecaira (2009) que a pena não ultrapassa da pessoa da empresa, pois há uma diferenciação da pena e suas consequências indiretas incidentes sobre terceiros. “Os sócios que não tiveram culpa não estão recebendo pena pela infração cometida pela empresa, mas apenas suportando efeitos que decorrem daquela condenação, do mesmo modo que a família do preso padece maiores dificuldades econômicas enquanto este, arrimo do lar, cumpre sua pena” (apud, CAPEZ, 2009, p. 152).

Apesar da teoria, ora comentada, aparentar ter sido acolhida pela Constituição Federal de 1988, a mesma não convence, pois não há como admitir crime sem culpabilidade, e para a

culpabilidade é imprescindível a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato delituoso e a exigibilidade de conduta diversa. Mesmo que se aceite a vontade da pessoa jurídica, preconizado pela teoria realista, a mesma carece de dois elementos necessários à culpabilidade, e sendo a teoria tripartida adotada no desenvolver desta pesquisa, não há como admitir crime perante a falta de culpabilidade.

De outro aspecto, mesmo que na atual pesquisa se adotasse a teoria bipartida do crime, não se poderia acolher tal argumento falacioso de que a vontade da pessoa jurídica se exterioriza da soma da vontade dos indivíduos que a compõem, pois se estaria admitir que a vontade de cada pessoa física individual, não fosse completa o suficiente, para por si só incidir à prática de um delito já que necessita da soma das demais.

Num caso hipotético, de ser a pessoa jurídica composta por quatro representantes, estar-se-ia admitido que cada indivíduo solitário representa-se um quarto da vontade exteriorizada e, se três indivíduos corroborassem para a prática do delito, a vontade da pessoa jurídica se mostraria incompleta, vez que, ausente estaria um quarto da vontade necessária, certo que o delito seria praticado, mesmo diante da vontade exteriorizada de forma incompleta, a impunidade restaria configurada, ou havendo pena, também, seria punido o indivíduo que faz parte daquela corporação, mesmo que não tenha participado da conduta delituosa. Sofrer efeitos penais sem corroborra para a prática de um crime, sobre a argumentação de ser equiparado à família que sofre com condenação do preso arrimo do lar! Tais argumentos, sinceramente não parecem ser convincentes, uma vez que a pena recai sobre a pessoa jurídica, atingindo o patrimônio investido pelo sócio, o efeito da pena atinge diretamente os sócios e não há que se falar em efeitos reflexos.

3.3 Teoria que busca conciliar as duas posições doutrinárias antagônicas²⁶

Após as divergências doutrinárias, não há como negar a superioridade dos argumentos da teoria da ficção, todavia inaceitável seria desconsiderar o disposto na Constituição que preceitua responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dispõe Fernando Capez (2009), que surgiu um terceiro posicionamento que visa conciliar as duas primeiras posições divergentes, relata Carlos

²⁶ Esta teoria se encontra presente na doutrina de Fernando Capez (2009). O doutrinador não prescreve o nome da teoria. Sendo assim, ela está disposta como está presente na doutrina, CAPEZ, op. cit., p.152.

Ernani Constantino que este posicionamento nascera na Alemanha e que, “trata-se da imposição de sanções quase penais às empresas” expõe o autor que o juiz ao presenciar o caso concreto, aplica medidas quase penais. Este posicionamento não desconsidera a incapacidade da pessoa jurídica praticar conduta e a falta de culpabilidade, mas a aplicação destas sanções é uma forma de combater a criminalidade moderna cometida por meio de uma pessoa coletiva.

Carlos Ernani Constantino enumera os seguintes seguidores desta teoria:

Entre os alemães, podemos citar como defensores deste ponto de vista os Profs. Bernad Schunemann e Gunther Stratenwerth (que propugnam pela aplicação de medidas de segurança às empresas, por atos criminosos de seus sócios ou diretores), Winfried Hassemer (que defende a imposição de sanções híbridas, situadas entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, às corporações) e Hans-Heinrich Jescheck, de certo modo (pois este doutrinador entende que, na hipótese de os órgãos das pessoas jurídicas praticarem infrações penais, utilizando-se delas, devem-se impor às respectivas entidades não penas, mas confisco, extinção, sequestro dos lucros adicionais, como efeitos secundários da condenação das pessoas atualmente uma tendência dos Estados – Membros, de adotarem sanções administrativas, quase-penais, contra as pessoas jurídicas (e não penas propriamente ditas), o que indica uma inclinação, em nível de Europa, no sentido de se respeitarem os postulados tradicionais da Dogmática Penal (de que as pessoas morais não podem, elas mesmas, delinquir) (CONSTANTINO, 2005, p.37/38)²⁷.

O posicionamento já trás em seu bojo um número considerado de adeptos, não se pode afirmar que são doutrinadores renomados, mas não se pode negar que defendem uma posição emergente que pode solucionar toda a divergência entre a teoria da realidade e a teoria da ficção. Tal tese se mostra ainda incipiente, mas há anseios perante a nova teoria.

4 A responsabilidade penal das pessoas jurídicas

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas está expressamente consagrada na Constituição Federal de 1988, tendo como intuito a defesa do meio ambiente e a ordem econômica e financeira, pois tal como esculpiu o legislador: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-la para as presentes e futuras gerações” (art. 225, da CF/88)²⁸, vale dizer, que o meio ambiente pertence a

²⁷ apud, CAPEZ, op. cit., p.152-153.

²⁸ ANGHER, Anne Joyce (org.), Vade Mecum Acadêmico de Direito, 6ª ed. – São Paulo: Rideel, 2008, p.86.

todos, e sendo um bem de todos, ninguém poderá atentar contra ele, ou caso prefira, nas palavras mais cortantes do constituinte de 88: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, §3º, da CF/88)”²⁹.

Não se sabe a fundamentação para justificar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, aparentemente nota-se que o que se tem é uma responsabilidade objetiva, pois como exposto, no decorrer desta pesquisa, não há como sustentar a prática de um crime por parte de um ente fictício.

É consagrada também a responsabilidade da pessoa jurídica em se tratando de injustos praticados contra a ordem econômica e financeira do país, senão veja:

Art. 172, da CF/88. (...) §5º a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (ANGHER, 2007, p. 77)

A partir da análise do artigo, supracitado, deduziu o exímio major Adirson Antônio Gomes de Ramos, apoiado pelo louvável doutrinador Bitencourt (1988) que, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não se confunde com a responsabilidade penal de seus dirigentes, todavia a constituição condicionou a aplicação das sanções aos entes coletivos desde que haja compatibilidade entre a pena e a natureza do apenado (Pessoa Jurídica), conclui o major: “Assim, à responsabilidade penal continua a ser pessoal, nos termos do art. 5º, inciso XLV, da CF/88”³⁰.

Retornando a responsabilidade penal dos entes fictícios, em se tratando ofensa praticada contra o meio ambiente, é mister, o relato de que a Lei n. 9605/98, regulamentou, a responsabilidade penal da pessoa jurídica:

Art. 3º, da Lei 9.605/98. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato (ANGHER, 2008, p.1.564).

²⁹ ANGHER, op. cit., p.87.

³⁰ RAMOS, op. cit., p.163.

Como se pode notar do artigo supracitado, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas nas três esferas possíveis, para tanto a infração deve ser cometida por decisão dos representantes, sendo que a responsabilidade da pessoa jurídica não anula a responsabilidade da pessoa física.

Consagrada a responsabilidade da pessoa jurídica é possível identificar as possíveis penas que lhes são aplicadas: multa, restritiva de direitos, prestação de serviços à comunidade (art. 21, da Lei n. 9605/98), desconsideração da personalidade jurídica (art. 4º, da Lei n. 9605/98), liquidação forçada da pessoa jurídica (art. 24, da Lei n. 9605/98).³¹

Ao que se nota diante das teorias penais tradicionais, não é admissível responsabilização de pessoas jurídicas, mas como já é sabido o sistema jurídico é dinâmico, mutável por excelência, de modo que nos tempos atuais, corporações fictícias são criadas e a cada esporadicamente cometem delitos, quando não criadas especificamente para este fim, resta emergir uma teoria que se amolde a conduta delituosa praticada pela pessoa jurídica ao invés de tentar-se amoldar tais condutas as teoria existentes, pois “não há como se refugiar na teoria tradicional. A evolução da ciência penal deve-se adaptar aos novos conceitos, afastando-se aqueles criados no século passado” (SIRVINSKAS, 2004, p.60).

4 Considerações finais

Mesmo havendo divergência no âmbito doutrinário sobre a culpabilidade, isto é, se mesma faz parte dos elementos constitutivos do crime ou representa apenas um pressuposto para a aplicação da pena, não há óbice em não admitir a possibilidade de a pessoa jurídica cometer crime, pois fundamenta a teoria da ficção, que a pessoa jurídica, não é capaz praticar um fato típico, por ausência de conduta, como já é sabido, sem fato típico não há crime.

Para aqueles que adotam a teoria bipartida do crime, composta por um fato típico e ilícito (antijurídico), e aceitam os argumentos da teoria da realidade, onde a pessoa jurídica possui vontade que se perfaz da soma das vontades dos sócios, a pessoa jurídica pode sim cometer crime, malgrado toda refutação da aceitabilidade de tal argumentação fundada na soma das vontades individuais para que se forme outra vontade individual.

³¹ ANGHER, op. cit., passim.

Culpabilidade, segundo a dogmática atual, possui seus elementos bem definidos que são: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. Neste contexto, não comete crime, de maneira alguma, a pessoa jurídica, para aqueles que adotam a teoria tripartida do crime, (onde o crime é composto de fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável), pois há na pessoa jurídica ausência de imputabilidade e potencial conhecimento da ilicitude do fato.

Certo é que a Constituição Federal de 1988, perante a criminalidade moderna, previu expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica em danos causados contra o meio ambiente e a ordem econômica e financeira. A previsão foi consagrada posteriormente pela lei 9.605/98, que dispõem sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividade lesivas ao meio ambiente.

Após a consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico vigente, procura-se entender o caráter de tal punição. De imediato diga-se que não é amoldável ao modelo penal vigente, pois a pessoa jurídica não é capaz de fato típico e culpabilidade, deste modo, não pratica crime, no que tange as teorias até o dado momento elaboradas.

Aplicar pena a alguém que não comete crime, trata-se de nada mais nada menos, da adoção de uma responsabilidade penal objetiva. Dada a dificuldade de se explicar uma responsabilidade objetiva em direito penal, permanece a incógnita a fundamentação da responsabilização penal atribuída pela Constituição Federal de 1988, bem como da Lei nº. 9.605/98.

A solução mais plausível seria a criação de uma teoria do crime exclusivamente para a pessoa jurídica, dada a impossibilidade da aplicação das teorias existentes, tendo em vista que esta foi elaborada tão somente baseada em comportamentos humanos. Neste diapasão, pode ser objeto de um futuro trabalho a criação de teoria do crime aplicável a conduta delitiva praticada pela pessoa jurídica, obviamente baseada em critérios diversos das teorias existentes.

Referências bibliográficas

ANGHER, Anne Joyce (org.), Vade Mecum Acadêmico de Direito, 6ª ed. – São Paulo: Rideel, 2008.

CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, vol. 1: parte geral – 13ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

FIÚZA, César, Direito Civil: Curso Completo, 13.º ed. revista, atual. e ampl., 2ª tir. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Luíz Flávio, MOLINA, Antônio García – Pablos, Direito Penal: parte geral, vol. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal – 9.ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

LOPES, Jair Leonardo, Curso de Direito Penal, Parte Geral, 4º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme Souza, Código Penal Comentado, 9º. ed. rev., atual e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Adirson Antônio, De Jure Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – A Pessoa Jurídica Pode Delinquir? 13. ed. Disponível em: < <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/10179>> Acesso em: 13 de abril de 2009.

SIRVINSKAS, Luíz Paulo: Tutela Penal do Meio Ambiente, 3.º ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.